Hashim bin Ariffin dan satu lagi lwn Pendakwa Raya

MAHKAMAH RAYUAN (PUTRAJAYA) — RAYUAN JENAYAH NO K-05–113 TAHUN 2011
ABDUL MALIK ISHAK, AZAHAR MOHAMED DAN ZAWAWI SALLEH HHMR
20 OGOS 2013

Keterangan — Akuan nazak — Kebolehterimaan — Syarat-syarat membolehkan kemasukannya di mahkamah — Sama ada dipenuhi — Pernyataan nazak dicatat dan/atau dirakam oleh pegawai polis — Tidak dipanggil memberi keterangan atau ditawarkan kepada pembelaan — Sama ada hakim bicara terkhilaf untuk bersandar kepada pernyataan nazak — Minda si mati semasa membuat akuan nazak — Sama ada dalam keadaan baik — Sama ada dibuktikan

Prosedur Jenayah — Rayuan — Rayuan terhadap sabitan dan hukuman — Pembunuhan — Si mati diserang dan/atau ditikam — Pengecaman oleh SP3 — Tiada laporan polis oleh SP3 menamakan perayu pertama dan perayu kedua sebagai orang yang menikam si mati — Sama ada pengecaman SP3 tidak terjumlah kepada satu pengecaman yang boleh diyakini dan selamat untuk disandarkan — Sama ada hakim bicara terkhilaf apabila memutuskan bahawa pendakwaan berjaya membuktikan satu kes prima facie — Sama ada selamat untuk mengekalkan sabitan dan hukuman — Kanun Keseksaan s 302

Undang-Undang Jenayah — Perhimpunan haram — Penglibatan — Identiti dan bilangan anggota perhimpunan yang menyalahi undang-undang — Keterangan saksi-saksi pendakwaan bercanggah — Sama ada Identiti anggota dikenal pasti dan/atau dicamkan tanpa apa-apa keraguan — Kanun Keseksaan s 149

Perayu pertama dan perayu kedua, iaitu bapa dan anak, merayu terhadap keputusan hakim Mahkamah Tinggi di mana mereka telah didapati bersalah dan disabitkan dengan kesalahan menurut s 149 Kanun Keseksaan yang boleh dihukum di bawah s 302 Kanun yang sama. Mereka dijatuhkan hukuman gantung sampai mati. Hakim bicara bersandar kepada keterangan SP2, SP3, SP7 dan SP15 yang bersepakat menyatakan bahawa dua buah kereta telah datang ke tempat kejadian. Beberapa orang lelaki Melayu telah keluar dari kedua-dua kereta tersebut dan menyerbu ke arah SP2, SP3 dan si mati yang sedang berada di Kedai Mat Sab. Mereka menumbuk, memukul dan menerajang SP2, SP3 dan si mati. Seterusnya si mati telah ditikam dengan

suatu objek tajam. Walau bagaimanapun, SP2, SP7 dan SP15 tidak dapat mengecam identiti mereka yang datang dengan dua buah kereta tersebut dan seterusnya terlibat dengan pergaduhan yang menyebabkan kematian si mati. Hakim bicara menerima keterangan SP3 yang menyatakan bahawa pada malam kejadian tersebut, orang yang menikam si mati di bahagian dada ialah perayu pertama dan orang yang menikam si mati di bahagian pinggang kanan ialah perayu kedua. Seterusnya hakim bicara juga menerima keterangan SP4 dan SP6, iaitu ibu dan isteri si mati, yang menyatakan bahawa mereka telah mendengar si mati memberitahu dua anggota polis di Hospital Kulim bahawa orang yang menikam si mati ialah 'Hashim Cina dan Din', iaitu merujuk kepada perayu pertama dan perayu kedua. Perayu-perayu telah membangkitkan dua alasan utama bagi mencabar keputusan hakim bicara seperti berikut: (i) hakim bicara telah terkhilaf dari segi undang-undang dan fakta apabila memutuskan bahawa pihak pendakwaan telah berjaya membuktikan satu kes prima facie terhadap perayu pertama dan perayu kedua sedangkan tiada antara saksi-saksi mata pihak pendakwaan yang melihat dan menyaksikan kejadian yang berlaku dapat mengecam bahawa perayu pertama dan perayu kedua adalah orang yang berada di tempat kejadian dan terlibat dalam pergaduhan yang membawa kepada kematian si mati; dan (ii) hakim bicara telah terkhilaf dari segi undang-undang dan fakta apabila telah gagal mempertimbangkan bahawa pihak pendakwaan gagal untuk memanggil sebagai saksi dua orang anggota polis yang kononnya telah merakamkan pernyataan nazak (*dying declaration*) si mati di Hospital Kulim sebelum si mati meninggal dunia bagi membuktikan kebenaran apa yang dikatakan oleh isteri si mati ('SP6') bahawa si mati telah memberitahunya bahawa perayu pertama dan perayu kedua telah menikamnya.

Diputuskan, membenarkan rayuan:

(1) Pengecaman yang dibuat oleh SP3 bahawa perayu pertama dan perayu kedua terlibat dalam pergaduhan dan seterusnya menikam si mati tidak memberi keyakinan. SP2, iaitu adik kepada si mati, walaupun dalam keterangannya menyatakan bahawa beliau berada di tempat kejadian pada malam tersebut dan melihat lima orang Melayu keluar dari dua buah kereta dan memukul, menumbuk beliau, SP3 dan seterusnya menikam si mati, namun beliau tidak dapat mengecam sama ada perayu pertama dan perayu kedua sebenarnya adalah salah seorang dari lima orang yang berada di tempat kejadian. SP2 sebenarnya telah mengenali perayu pertama dan perayu kedua sebelum hari kejadian. Dalam laporan polisnya SP2 langsung tidak menyebut bahawa si mati telah ditikam oleh salah seorang dari keenam-enam lelaki Melayu tersebut dan mereka ada membawa senjata tajam (lihat perenggan 27).

(2) Walaupun SP3 telah mengetahui identiti orang yang menikam abangnya ialah 'Hashim' (perayu pertama) dan 'Din' (perayu kedua), namun penama-penama tersebut tidak diberitahu kepada sesiapa, termasuklah

kepada pihak polis. Beliau juga tidak membuat laporan polis dan menamakan perayu pertama dan perayu kedua sebagai orang yang menikam si mati. Sekiranya SP3 sebenarnya telah dapat mengecam perayu pertama dan perayu kedua sebagai orang yang telah memukul, menyerang dan seterusnya menikam si mati, tiada ada sebab kenapa keterangan penting ini tidak diberitahu kepada polis dan/atau satu laporan polis dibuat mengenainya. Dalam hal sedemikian, keterangan pengecaman oleh SP3 tidak terjumlah kepada satu pengecaman yang boleh diyakini dan selamat untuk disandarkan bagi mensabitkan perayu pertama dan perayu kedua (lihat perenggan 30, 32 & 34).

(3) Hakim bicara juga tidak menyentuh dalam penghakimannya mengenai perbezaan bilangan orang yang keluar dari dua buah kereta dan seterusnya menyerang SP2, SP3 dan si mati. Saksi-saksi penting pihak pendakwaan, iaitu SP2, SP3, SP7 dan SP10 telah memberi keterangan yang bercanggah mengenai bilangan orang yang datang ke tempat kejadian dan terlibat dalam pergaduhan. Perkara ini adalah penting untuk diputuskan oleh hakim bicara memandangkan jika keterangan SP7 dan SP10 adalah benar bahawa bilangan orang tersebut ialah empat orang, maka tentunya pertuduhan menurut s 149 Kanun Keseksaan tidak dapat dipertahankan (lihat perenggan 35).

(4) Adalah tidak wajar bagi hakim bicara untuk bergantung kepada pernyataan nazak kerana kedua-dua orang pegawai polis tersebut tidak dipanggil memberi keterangan dan 'the best evidence' iaitu catatan dan/atau rakaman pernyataan tersebut juga tidak dikemukakan. Pihak pendakwaan juga telah tidak mengemukakan apa-apa keterangan bagi membuktikan bahawa minda si mati berada dalam keadaan baik apabila beliau membuat pernyataan nazak tersebut. Laporan polis mengenai pernyataan nazak ini juga tidak dibuat oleh mana-mana saksi, sama ada oleh anggota polis yang terlibat atau oleh SP4 dan SP6. Justeru, pernyataan nazak tersebut tidak memberi keyakinan kepada mahkamah untuk bersandar kepadanya (lihat perenggan 40 & 42).

[Bahasa Malaysia summary

The first and second appellants, father and son, appealed against the decision of the High Court where they were found guilty and convicted for the offence pursuant to s 149 of the Penal Code which was punishable under s 302 of the Penal Code. They were sentenced to death. The trial judge relied on the evidence of SP2, SP3, SP7 and SP15 who conspired in stating that two cars had arrived at the crime scene. A number of Malay men exited both cars and ambushed SP2, SP3 and the deceased who were at Kedai Mat Sab. They punched, hit and kicked SP2, SP3 and the deceased. Further, the deceased was stabbed with a sharp object. However, SP2, SP7 and SP15 could not identify the identity of those who arrived with the two cars and were involved in the fight which had caused the deceased's death. The trial judge accepted SP3's

evidence that on the night of the incident, the person who stabbed the deceased's chest was the first appellant and the person who stabbed the deceased at his right waist was the second appellant. Further, the trial judge also accepted the evidence of SP4 and SP6, the deceased's mother and wife, who stated that they had heard the deceased informing two police personnel in Hospital Kulim that the persons who had stabbed him were 'Hashim Cina dan Din', referring to the first and second appellant. The appellants raised two grounds in challenging the decision of the trial judge, namely: (i) the trial judge erred in law and in fact in deciding that the prosecution had successfully established a prima facie case against the first and second appellants even though there were no eyewitnesses by the prosecution who saw and witnessed the incident who could identify that the first and second appellants were the persons present at the crime scene and were involved in the fight which led to the deceased's death; and (ii) the trial judge erred in law and in fact when he failed to take into account that the prosecution failed to call upon the two police personnel who had allegedly recorded the deceased's dying declaration at Hospital Kulim before he died, as witnesses, in order to prove what was testified by the deceased's wife ('SP6') that the deceased had informed her that the first and second appellants had stabbed him.

Held, allowing the appeal:

(1) The identification made by SP3 that the first and second appellants were involved in the fight and subsequently stabbed the deceased was not convincing. SP2, the deceased's younger brother, in his evidence testified that he was at the crime scene on the night of the incident and had seen five Malays exiting from two cars and had hit, punched him, SP3 and subsequently stabbed the deceased, but he could not identify whether the first and second appellants were actually part of the five people that were at the crime scene. SP2 had actually known the first and second appellants prior to the day of the incident. In his police report, SP2 did not at all state that the deceased was stabbed by one of the six Malay men and that they carried sharp weapons (see para 27).

(2) Even though SP3 had known the identities of the persons who had stabbed his brother were 'Hashim' (the first appellant) and 'Din' (the second appellant), but these names were not disclosed to anyone, including the police. He also did not make a police report and did not name the first and second appellants as the persons who had stabbed the deceased. If SP3 had actually identified the first and second appellants as the persons who had hit, attacked and subsequently stabbed the deceased, there was no reason why this material evidence was not disclosed to the police and/or a police report was made about it. In such circumstances, the identification evidence of SP3 did not amount to a credible and safe identification to be relied upon in convicting the first and second appellants (see paras 30, 32 & 34).

(3) In his judgment, the trial judge did not consider the difference of the people who had exited the two cars and subsequently attacked SP2, SP3 and the deceased. The prosecution material witnesses, namely SP2, SP3, SP7 and SP10 had given contradicting testimonies on the number of people who had arrived at the crime scene and were involved in the fight. This issue was material to be decided on by the trial judge considering that if the evidence of SP7 and SP10 that the number of people were four people was true, the charge under s 149 of the Penal Code would then be unsustainable (see para 35).

(4) It was unreasonable for the trial judge to rely on the dying declaration as the two police officers were not called to give evidence and the best evidence which were the notes and/or record of the declaration were also not tendered. The prosecution also did not tender any evidence in order to establish that the deceased was in a healthy state of mind when he made the dying declaration. A police report on the dying declaration was also not made by any of the witnesses, be it by the police personnel involved or by SP4 and SP6. Hence, the dying declaration did not convince the court for it to rely on it (see paras 40 & 42).]

Nota-nota

Untuk kes mengenai penglibatan, lihat 4(2) *Mallal's Digest* (4th Ed, 2012 Reissue) perenggan 3559.

Untuk kes-kes mengenai kebolehterimaan, lihat 7(1) *Mallal's Digest* (4th Ed, 2013 Reissue) perenggan 1582–1591.

Untuk kes-kes mengenai rayuan terhadap sabitan dan hukuman, lihat 5(1) *Mallal's Digest* (4th Ed, 2012 Reissue) perenggan 216–222.

Kes-kes yang dirujuk

Lee Ah Seng & Anor v PP [2007] 6 MLJ 1, MP (dirujuk)

Chow Siew Woh v PP [1967] 1 MLJ 228, MP (dirujuk)

Dashrath @ Champa & Others vs State of Madhya Pradesh, JT 2007 (12) SC 400, MA (dirujuk)

Francis & Ors v PP [1960] 1 MLJ 40; [1959] 1 LNS 28, CA (dirujuk)

Hari Nath v State of UP AIR 1988 SC 345, MA (dirujuk)

Herchun Singh & Ors v PP [1969] 2 MLJ 209, MP (dirujuk)

KS Roberts v PP [1970] 2 MLJ 137 (dirujuk)

Leong Ah Seng v Reg [1956] 1 MLJ 225 (dirujuk)

Salim Gulab Pathan v State of Maharashtra Tr SHO (Criminal Appeal No 1882 of 2010) (unreported), MA (dirujuk)

Thenegaran a/l Murugan & Anor v PP [2013] 2 MLJ 855; [2013] 4 AMR 144, MR (dirujuk)

Undang-undang yang dirujuk

Kanun Keseksaan ss 149, 302, 326

Rayuan daripada: Perbicaraan Jenayah No 45–03 Tahun 2004 (Mahkamah Tinggi, Alor Setar)

Nethaji Rayer (R Nethaji Rayer & Co) bagi pihak perayu.
Nurulhuda Nur'aini Mohd Noor (Timbalan Pendakwa Raya, Jabatan Peguam Negara) bagi pihak responden.

Zawawi Salleh HMR (menyampaikan penghakiman mahkamah):

PENDAHULUAN

[1] Ini adalah rayuan yang dikemukakan oleh Hashim bin Ariffin ('perayu pertama') dan Hishamudin bin Hashim ('perayu kedua') iaitu bapa dan anak, terhadap keputusan Hakim Mahkamah Tinggi Alor Setar, Kedah ('hakim bicara') bertarikh 10 April 2011, di mana mereka telah didapati bersalah dan disabitkan dengan satu kesalahan menurut s 149 Kanun Keseksaan ('KK') yang boleh dihukum di bawah s 302 KK yang sama. Mereka dijatuhkan hukuman gantung sampai mati.

[2] Kami telah mendengar Encik R Nethaji Rayer, peguambela terpelajar kedua-dua perayu dan Puan Nurulhuda Nur'aini Mohd Noor, timbalan pendakwa raya terpelajar. Kami juga telah meneliti rekod rayuan. Pada pandangan kami, rayuan ini mempunyai merit. Justeru, kami dengan sebulat suara telah membenarkan rayuan perayu pertama dan perayu kedua dan mengenepikan sabitan dan hukuman yang dibuat oleh hakim bicara. Perayu pertama dan perayu kedua dilepas dan dibebaskan.

[3] Kini kami memberi alasan terperinci keputusan.

PERTUDUHAN

[4] Pertuduhan yang dikemukakan terhadap perayu pertama dan perayu kedua ialah seperti yang berikut:

> Bahawa kamu bersama-sama dengan empat orang lagi yang masih bebas pada 7.2.2003, jam lebih kurang 12.30 pagi, di kawasan hadapan kedai buah Majlis Perbandaraan Kulim, Kedah di Jalan Kulim — Kelang, berhadapan dengan Taman Tunku Putera, dalam Daerah Kulim, dalam Negeri Kedah sebagai ahli satu perhimpunan haram dengan tujuan bersama untuk mendatangkan kecederaan kepada Mohamad Rafi Bin Che Ani (No: K/P: 660414-02-5567) dan kamu sebagai ahli perhimpunan tersebut dalam meneruskan tujuan bersama kamu, seorang atau lebih dari kamu telah melakukan pembunuhan yang menyebabkan kematian ke atas Mohamad Rafi Bin Che Ani. Oleh yang demikian, kamu telah melakukan kesalahan menurut seksyen 149 Kanun Keseksaan yang boleh dihukum di bawah seksyen 302 Kanun yang sama.

A

FAKTA KES

Versi pihak pendakwaan

B **[5]** Keterangan saksi-saksi pihak pendakwaan menunjukkan bahawa pada 7 Februari 2003, jam lebih kurang 12 tengah malam, Mohamad Raszif bin Che Ani ('SP3') telah pergi ke sebuah kedai makan yang dipanggil Kedai Mat Sab untuk berjumpa dengan abangnya, Mohamad Rafi bin Che Ani ('si mati'). Sesampai di kedai tersebut, SP3 mendapati si mati sedang makan dan minum C bersama dengan seorang kawannya yang dipanggil 'G'. Si mati telah menyuruh SP3 untuk pergi menjemput adiknya yang seorang lagi, Mohamad Rasshi bin Che Ani ('SP2'), yang bekerja di Kilang Selestika yang akan habis waktu kerjanya pada jam 12 tengah malam.

D **[6]** SP3 kemudiannya telah pergi menjemput SP2 dan mereka kembali ke Gerai Mat Sab, dan si mati masih berada di situ. SP3 duduk di meja si mati dan SP2 pula pergi ke tempat di mana kawannya yang bernama Anuar berada. Jarak antara kedua-dua meja ialah 40 kaki.

E **[7]** Semasa SP3 berada di meja si mati, SP3 nampak sebuah kereta jenis Toyota Corolla warna putih dan sebuah kereta Proton Wira warna hitam telah berhenti berdekatan dengan kereta Anuar. Sepuluh orang lelaki Melayu dikatakan telah keluar dari kedua-dua kereta itu dan telah menyerang SP3, SP2 dan si mati. Mereka dikatakan bersenjatakan kayu dan batang besi.

F

[8] SP3 telah dikatuk dengan kayu, ditumbuk serta diterajang. Lelaki-lelaki tersebut juga memukul si mati dan 'G'. SP3 telah dipukul beberapa kali sehingga beliau terjatuh ke tanah bersebelahan si mati. Selepas SP3 terjatuh, G lelaki-lelaki tersebut terus memukul dan memijak SP3.

[9] Si mati cuba menolong SP3 dengan menolak lelaki-lelaki tersebut dengan tangan kanannya. Semasa si mati cuba menolong SP3, SP3 melihat si mati telah ditikam dengan objek yang tajam di bahagian dada. Orang yang H menikam si mati di bahagian dada telah dicamkan oleh SP3 sebagai perayu pertama.

[10] SP3 juga melihat perayu kedua menikam si mati di bahagian pinggang sebelah kanan. Akibat tikaman, si mati telah terjatuh ke tanah di sebelah SP3. I Selepas itu, SP3 dengar ada suara yang menyatakan: 'bunuh adik dia pula'.

[11] Mendengar kata-kata tersebut, SP3 telah melarikan diri ke kereta dan meninggalkan tempat kejadian bersama dengan seorang kawannya yang bernama Pak Chat yang sudah sedia berada di dalam kereta itu.

[12] Keterangan SP2, SP3 SP7 dan SP10 memberi bilangan orang yang keluar dari kedua-dua kereta dan terlibat dalam pergaduhan berbeza-beza. SP2 menyatakan orang yang terlibat ialah lima orang. SP3 menyatakan orang yang terlibat ialah sepuluh orang. SP7 dan SP10 pula menyatakan orang yang terlibat ialah empat orang.

[13] SP4 ialah ibu si mati. Beliau telah pergi ke Hospital Kulim bersama dengan SP6, iaitu isteri si mati, sebaik sahaja mengetahui apa yang terjadi kepada si mati. Semasa di Wad 5 hospital tersebut, dua orang anggota polis telah datang bertanya kepada si mati: 'Siapakah yang menikamnya?'. Si mati menjawab: 'Hashim Cina dan Din'. Semasa si mati memberitahu bahawa orang yang menikamnya ialah 'Hashim Cina dan Din', isteri si mati ('SP6') juga ada di situ. SP4 pula berada lebih kurang 2 kaki dari si mati. Dengan demikian, SP6 dan SP4 boleh mendengar dengan jelas apa yang dimaklumkan oleh si mati kepada dua orang anggota polis tersebut.

[14] SP7, iaitu kawan perayu pertama, telah juga dipanggil memberi keterangan. Beliau mengesahkan bahawa perayu pertama sememangnya berada di tempat kejadian pada malam tersebut.

[15] Bedah siasat telah dilakukan oleh Doktor Rahmat bin Harun ('SP11') pada 8 Februari 2003, jam 2.50 pagi. Keterangan SP11 menunjukkan bahawa punca kematian si mati adalah 'fatal stab wound over the chest which causes massive internal bleeding and injuring the lung and diaphragm'. SP11 juga menyatakan bahawa akibat daripada 'massive internal bleeding', telah menyebabkan jantung dan buah pinggang si mati berhenti berfungsi dan mengakibatkan kematian beliau.

[16] SP11 telah memberi keterangan lanjut seperti berikut mengenai kecederaan-kecederaan yang dialami oleh si mati:

(a) terdapat kecederaan di bahagian depan kepala dan kesan lebam seperti dipukul berukuran 6 x 1cm dan 2 x1cm;

(b) terdapat kesan potongan di bahagian kiri belakang kepala sepanjang 4cm;

(c) terdapat luka potongan di rusuk kanan si mati sepanjang 1cm dan sedalam 2cm;

(d) terdapat kesan potongan di bahagian belakang badan si mati iaitu di bahagian tepi kanan belakang berukuran 2.5 dan 2cm dan di bahagian tepi kanan berukuran 10cm dengan kedalaman sekurang-kurangnya 9cm;

(e) si mati mengalami kecederaan dalaman iaitu luka potongan pada

bahagian paru-paru kanan sepanjang 6cm dan terdapat kesan potongan luka pada bahagian *diaphragm* sepanjang 2cm; dan

(f) kecederaan yang dialami oleh si mati boleh dikategorikan kepada dua, iaitu, kesan kecederaan akibat kesan potongan benda tajam dan kesan kecederaan akibat senjata tumpul.

[17] SP11 berpendapat bahawa akibat dari kecederaan-kecederaan yang dialami oleh si mati seperti yang dinyatakan di atas, peluang untuk beliau hidup adalah amat tipis sekali.

[18] Di akhir kes pendakwaan, hakim bicara memutuskan bahawa pihak pendakwa raya telah berjaya membuktikan satu kes prima facie terhadap perayu pertama dan perayu kedua bagi satu kesalahan seperti yang dipertuduhkan dan boleh dihukum di bawah cabang (a) atau (c) s 302 KK.

[19] Perayu pertama dan perayu kedua telah memberi keterangan atas sumpah. Asas pembelaan mereka ialah alibi. Perayu pertama memanggil SD7 dan SD8 untuk menyokong pembelaannya. Perayu kedua pula memanggil empat orang saksi untuk menyokong keterangannya. Di akhir kes pembelaan, hakim bicara memutuskan bahawa pembelaan mereka telah gagal menimbulkan keraguan yang munasabah ke atas kes pihak pendakwaan. Oleh itu, mereka telah disabit dengan kesalahan dan dijatuhkan hukuman seperti yang dinyatakan sebelum ini.

RAYUAN

[20] Di hadapan kami, peguambela terpelajar telah membangkitkan dua alasan utama bagi mencabar keputusan hakim bicara. Alasan-alasan tersebut ialah seperti berikut:

(a) Yang Arif hakim bicara telah terkhilaf dari segi undang-undang dan fakta apabila memutuskan bahawa pihak pendakwaan telah berjaya membuktikan satu kes prima facie terhadap perayu pertama dan perayu kedua sedangkan tiada antara saksi-saksi mata pihak pendakwaan yang melihat dan menyaksikan kejadian yang berlaku pada 6 Februari 2003 dapat mengecam bahawa perayu pertama dan perayu kedua adalah orang yang berada di tempat kejadian dan terlibat dalam pergaduhan yang membawa kepada kematian si mati; dan

(b) Yang Arif hakim bicara telah terkhilaf dari segi undang-undang dan fakta apabila telah gagal mempertimbangkan bahawa pihak pendakwaan gagal untuk memanggil sebagai saksi dua orang anggota polis yang kononnya telah merakamkan pernyataan nazak ('dying declaration') si mati di Hospital Kulim sebelum si mati meninggal dunia bagi membuktikan

kebenaran apa yang dikatakan oleh isteri si mati (SP6) bahawa si mati telah memberitahunya bahawa perayu pertama dan perayu kedua telah menikamnya.

ANALISIS

[21] Dalam memutuskan bahawa pihak pendakwaan telah berjaya membuktikan satu kes prima facie terhadap kedua-dua perayu, Yang Arif hakim bicara bersandar kepada keterangan SP2, SP3, SP7 dan SP15 mengenai apa yang berlaku di tempat kejadian. Saksi-saksi ini bersepakat menyatakan bahawa terdapat dua buah kereta yang datang ke tempat kejadian — sebuah kereta Proton Wira berwarna hitam dan sebuah kereta Toyota berwarna cerah. Beberapa orang lelaki Melayu telah keluar dari kedua-dua kereta tersebut dan menyerbu ke arah SP2, SP3 dan si mati yang sedang berada di Kedai Mat Sab. Mereka menumbuk, memukul dan menerajang SP2, SP3 dan si mati. Seterusnya si mati telah ditikam dengan suatu objek tajam. Walau bagaimanapun, SP2, SP7 dan SP15 tidak dapat mengecam identiti mereka yang datang dengan dua buah kereta tersebut dan seterusnya terlibat dengan pergaduhan yang menyebabkan kematian si mati.

[22] Yang Arif hakim bicara menerima keterangan SP3 yang menyatakan bahawa pada malam kejadian tersebut, orang yang menikam si mati di bahagian dada ialah Hashim (perayu pertama) dan orang yang menikam si mati di bahagian pinggang kanan iailah Din (perayu kedua).

[23] Yang Arif hakim bicara juga menerima keterangan SP4 dan SP6 yang menyatakan bahawa mereka telah mendengar si mati memberitahu dua orang polis di Hospital Kulim bahawa orang yang menikam si mati ialah 'Hashim Cina dan Din', iaitu merujuk kepada perayu pertama dan perayu kedua.

[24] Keterangan-keterangan ikut keadaan yang diambil kira oleh Yang Arif hakim bicara ialah seperti dinyatakan di ms 166–167 rekod rayuan. Keterangan-keterangan tersebut, dalam bahasa asal, ialah seperti berikut:

(1) According to SP15, while he was talking to SP2, a dark coloured Proton Wira motorcar came. Its registration number was KAX 2900. SP15 could not remember the first digit.

(2) Several persons came out from the said motorcar and rushed towards SP2 and SP3. They assaulted them.

(3) SP15 saw a commotion ensued and not long thereafter SP15 saw the deceased was carried by his friends.

(4) Police investigation led to the recovery of a black Proton Wira bearing registration number KAX 8900 from H'ng Storeyard, Bukit Minyak, Pulau Pinang.

(5) SP16, an officer of Ambank confirmed that on 7.2.2003, OKT1 who had acted as motorcar repossessor of Ambank, informed SP16 that the said motorcar was repossessed by him and delivered the said motorcar to H'ng Storeyard, Bukit Minyak Pulau Pinang.

(6) A police report vide Seberang Jaya Report No. 527/03 lodged by OKT1, P41 relating to repossession of the said motorcar was tendered as evidence.

(7) SP8, the registered owner of a black Proton Wira, KAX 8900 said that he sold the said motorcar to OKT1 on 29.1.2003 evidenced by Surat Akuan which SP8 had put his signature on it. At the time of the sale, the motorcar's registration card was in the custody of Am Finance. Despite the sale, the said motorcar continued to be registered in SP8's name.

[25] Sebelum kami membincangkan satu per satu alasan-alasan yang dikemukakan oleh peguambela terpelajar perayu pertama dan perayu kedua, adalah suai-manfaat sekiranya kami menyatakan secara ringkas mengenai inti pati s 149 KK. Ia telah dijelaskan oleh Thomson CJ dalam kes *Francis & Ors v Public Prosecutor* [1960] 1 MLJ 40; [1959] 1 LNS 28 seperti berikut:

> Section 149 has to be read in the light of ss 141 and 143. Section 141 defines an unlawful assembly as an assembly of five or more persons having anyone of a number of specified common objects one of which is to commit any offence. Section 143 creates the specific offence of being a member of an unlawful assembly. Section 149 provides that if an offence is committed by a member of an unlawful assembly then every member of the same assembly is guilty of that offence if either it is committed in prosecution of the common object of the assembly or it is such as the members of the assembly or it is such as the members of the assembly know to be likely to be committed in prosecution of the common object. Here the conditions are that there must be a common object, for without a common object there can be no assembly, and then either that common object must be to commit the offence which is in question or where the common object is not to commit it there must be knowledge that the offence is likely to the comitted in prosecution of the common object.

[26] Apa yang ingin kami tekankan di sini ialah bagi membuktikan satu kesalahan di bawah s 149 KK, pihak pendakwaan adalah dikehendaki membuktikan penglibatan lima orang atau lebih anggota dalam sesuatu perhimpunan yang menyalahi undang-undang pada menjalankan tujuan bersama perhimpunan itu, atau sebagaimana yang diketahui oleh anggota perhimpunan itu sebagai mungkin dilakukan pada menjalankan tujuan itu. Apabila kesalahan telah dilakukan oleh salah seorang anggota perhimpunan yang menyalahi undang-undang, maka tiap-tiap orang yang menjadi anggota perhimpunan pada masa kesalahan itu adalah melakukan kesalahan itu. Justeru, adalah penting identiti anggota perhimpunan yang menyalahi

undang-undang yang melakukan kesalahan itu perlu dikenal pasti dan/atau dicamkan tanpa apa-apa keraguan. A

Alasan (a)

[27] Kami telah meneliti keterangan SP2, SP3, SP7 dan SP15 dan bersetuju dengan hujahan peguambela terpelajar bahawa pengecaman yang dibuat oleh SP3 bahawa perayu pertama dan perayu kedua terlibat dalam pergaduhan dan seterusnya menikam si mati tidak memberi keyakinan ('does not inspire confidence'). SP2, iaitu adik kepada si mati, walaupun dalam keterangannya di ms 11–20 rekod rayuan menyatakan bahawa beliau berada di tempat kejadian pada malam tersebut dan melihat lima orang Melayu keluar dari dua buah kereta dan memukul, menumbuk beliau, SP3 dan seterusnya menikam si mati, namun beliau tidak dapat mengecam sama ada perayu pertama dan perayu kedua sebenarnya adalah salah seorang dari lima orang yang berada di tempat kejadian. Perlu diambil perhatian bahawa SP2 sebenarnya telah mengenali perayu pertama dan perayu kedua sebelum hari kejadian. Kes pihak pendakwaan menjadi lebih parah apabila eksh P7, iatu laporan polis yang dibuat oleh SP2, hanya menyatakan bahawa terdapat enam orang Melayu yang menyerangnya dengan rol kertas yang digunakan untuk menggulung kain dan si mati telah dipukul oleh enam orang lelaki Melayu tersebut. SP2 langsung tidak menyebut dalam laporannya bahawa si mati telah ditikam oleh salah seorang dari keenam-enam lelaki Melayu tersebut dan mereka ada membawa senjata tajam. Kami menyedari bahawa laporan polis bukanlah satu ensiklopedia (lihat *Herchun Singh & Ors v Public Prosecutor* [1969] 2 MLJ 209), namun adalah munasabah untuk dijangkakan bahawa pembuatnya akan menyatakan perkara-perkara penting yang dilihatnya semasa kejadian (lihat *Lee Ah Seng & Anor v Public Prosecutor* [2007] 6 MLJ 1). B C D E F

[28] Kami juga telah meneliti keterangan SP3. Dalam keterangannya di ms 21–36 rekod rayuan, SP3 menyatakan bahawa beliau berada di tempat kejadian dan dapat mengecam penyerang-penyerang si mati sebagai 'Hashim' dan 'Din'. Di ms 28 rekod rayuan, SP3 menyatakan seperti berikut: G

> Saya melihat abang saya ditikam di bahagian dada. Saya nampak orang yang menikam abang saya itu. Orang yang menikam abang saya itu saya kenal dengan nama Hashim. Selain dari Hashim ini, penyerang lain adalah juga menikam abang saya. Penyerang lain yang saya cam menikam abang saya ialah Din. Saya nampak 2 tikaman ini sahaja. Din menikam abang saya di bahagian pinggang sebelah kanan. H

[29] Di ms 32 rekod rayuan pula, SP3 menyatakan: I

> Sebelum kejadian ini juga saya sudah mengenal Din. Saya kenal Din sejak 5 tahun yang lalu dari tarikh kejadian. Saya berkawan dengan Din. Kami biasa bercakap dan minum sekali. Sebelum kejadian saya tahu perhubungan Din dengan Hashim. Din adalah anak kepada Hashim.

[30] Walaupun SP3 telah mengetahui identiti orang yang menikam abangnya ialah 'Hashim' (perayu pertama) dan 'Din' (perayu kedua), namun penama-penama tersebut tidak diberitahu kepada sesiapa, termasuklah kepada pihak polis. Beliau juga tidak membuat laporan polis dan menamakan perayu pertama dan perayu kedua sebagai orang yang menikam si mati.

[31] Kehadiran SP3 di tempat kejadian pada masa pergaduhan/serangan juga berlaku meragukan kerana SP2 dalam keterangannya di ms 13 rekod rayuan menyatakan:

> Setiba di meja abang saya, satu pergaduhan telah berlaku antara saya, abang saya dan kelima-lima lelaki Melayu tadi. Semasa pergaduhan, saya tidak lihat ke mana adik saya, Mohamad Raszif berada.

[32] Kegagalan SP3 untuk memberitahu polis dan/atau membuat laporan polis adalah memeranjatkan memandangkan beliau dikatakan telah mengetahui identiti perayu pertama dan perayu kedua sebagai orang yang menikam dan menyebabkan kematian si mati. Kegagalan ini, pada pandangan kami, telah menjejaskan kredibiliti SP3. Sekiranya SP3 sebenarnya telah dapat mengecam perayu pertama dan perayu kedua sebagai orang yang telah memukul, menyerang dan seterusnya menikam si mati, tiada ada sebab kenapa keterangan penting ini tidak diberitahu kepada polis dan/atau satu laporan polis dibuat mengenainya. Dalam kes *Hari Nath v State of UP* AIR 1988 SC 345, fakta ringkas ialah bahawa telah berlaku rompakan berkumpulan ('dacoity') di sebuah rumah di Kampung Khuthanna, Jaunpur India. Lapan hingga sepuluh orang dikatakan terlibat dalam melakukan rompakan tersebut. Sekurang-kurangnya seorang saksi mata dengan munasabahnya boleh mengenali perayu-perayu, yang tinggal di kampung berhampiran. Walau bagaimanapun, semasa laporan maklumat pertama ('FIR') dibuat, identiti perayu-perayu tidak disebut dalam laporan tersebut. Mahkamah memutuskan: 'The omission to disclose their identity in the FIR would raise a reasonable doubt about their complicity in the crime'.

[33] Dengan hormat, pada pendapat kami, analisis keterangan yang dibuat oleh Yang Arif hakim bicara mengenai pengecaman perayu pertama dan perayu kedua oleh SP3 sebagai orang yang terlibat dalam pergaduhan dan seterusnya menyerang dan/atau menikam si mati adalah tidak memuaskan. Dalam kes *Thenegaran a/l Murugan & Anor v Public Prosecutor* [2013] 2 MLJ 855; [2013] 4 AMR 144, mahkamah ini menyatakan seperti berikut:

> [53] We are mindful that evidence of identification should always be approached with caution. The main reason is because the fallibility of human observation. It is not enough for identifying witness to be honest; the reliability of his observation must also be tested. This depends on various factors such as lighting, visibility and eyesight; the proximity of the witness; his opportunity for observation both as to

time and situation the extent of his prior knowledge of the accused; the mobility of the scene; corroboration; suggestibility; the accuser's face, voice, build, gait and dress; the result of identification parade, if any, and the evidence by or on behalf of the accused. The list is not exhausitive. These factors, or such of them as are applicable in a particular case, are not individually decisive, but must be weighed one against the others, in the light of the evidence and the probabilities (see *R v Turnbull & Ors* [1976] 3 All ER 549; *Jaafar bin Ali v Public Prosecutor* [1998] 4 MLJ 406; *Heng Aik Ren Thomas v Public Prosecutor* [1998] 3 SLR 465; *S v Mthetwa* [1972] (3) SA 766 (A)).

[34] Kami mendapati hakim bicara dalam penghakimannya tidak menguji keterangan SP3 dengan faktor-faktor yang dinyatakan di dalam kes di atas. Dalam hal sedemikian, keterangan pengecaman oleh SP3 tidak terjumlah kepada satu pengecaman yang boleh diyakini dan selamat untuk disandarkan bagi mensabitkan perayu pertama dan perayu kedua.

[35] Kami mendapati Yang Arif hakim bicara juga tidak menyentuh dalam penghakimannya mengenai perbezaan bilangan orang yang keluar dari dua buah kereta dan seterusnya menyerang SP2, SP3 dan si mati. Saksi-saksi penting pihak pendakwaan, iaitu SP2, SP3, SP7 dan SP10 telah memberi keterangan yang bercanggah mengenai bilangan orang yang datang ke tempat kejadian dan terlibat dalam pergaduhan. Perkara ini adalah penting untuk diputuskan oleh Yang Arif hakim bicara memandangkan jika keterangan SP7 dan SP10 adalah benar bahawa bilangan orang tersebut ialah empat orang, maka tentunya pertuduhan menurut s 149 KK tidak dapat dipertahankan.

[36] Pada keseluruhannya, kami tidak berpuas hati bahawa pengecaman yang dibuat oleh SP3 telah mencapai tahap seperti yang dikehendaki undang-undang. Dalam *KS Roberts v Public Prosecutor* [1970] 2 MLJ 137, Raja Azlan Shah J (sebagaimana baginda ketika itu) berkata:

Identification is a fact or circumstance which must be proved against an accused person before it can be relied upon and used against him. A fact or circumstance is held to be proved only when it fulfils the definition of the word 'proved' given in s 3 of the Evidence Ordinance. The evidence of identification is as much subject to this definition as any other kind of evidence but it would appear to me that in assessing the evidence of identification the trial court does not apply the tests provided in this section. It is true that an absolute certainty is not required but the court has to test the evidence with prudence and accept it only when it is so highly probable that its truth can safely be accepted. The test excludes from its orbit blind faith of a true believer, because prudence and credulity do not go together.

[37] Pada pandangan kami, Yang Arif hakim bicara sepatutnya mengambil pendekatan lebih berhati-hati dalam menerima pengecaman yang dibuat oleh SP3 kerana kejadian berlaku pada waktu malam, pergaduhan berlaku secara

tiba-tiba dan pantas, SP2, SP3 dan si mati dikelilingi oleh beberapa orang penyerang. Justeru, keadaan yang wujud adalah agak sukar bagi membolehkan pengecaman dibuat dengan tepat dan baik (lihat kes *Leong Ah Seng v Reg* [1956] 1 MLJ 225 (MT)). Adalah tidak menghairankan dalam keadaan tersebut, SP2 yang juga mengenali perayu pertama dan perayu kedua, sebelum tarikh kejadian, tidak dapat mengecam mereka sebagai orang yang terlibat dalam kes ini.

[38] Dalam kes *Hari Nath v State of UP*, mahkamah telah membuat pemerhatian mengenai berlakunya ketidakadilan kerana kekhilafan dalam keterangan pengecaman seperti berikut:

> 18 The one area of criminal evidence susceptible of miscarriage of criminal justice is the error in the identification of the criminal. Indeed Prof Borchard's 'Convicting the Innocent' records several criminal convictions in which the accused was subsequently proved innocent. The major source of the error is to be found in the identification of the accused by the victim of the crime. Indeed the learned author refers to the source of mistaken identification thus:
>
> The emotional balance of the victim or eye-witness is so disturbed by his extra-ordinary experience that his powers of perception become distorted and his identification is frequently most untrustworthy. Into the identification enter other motives not necessarily stimulated originally by the accused personally-the desire to require a crime, to exact vengeance upon the person believed guilty, to find a scape-goat, to support, consciously or unconsciously, an identification already made by another. Thus, doubts are resolved against the accused.
>
> (See Identification Parades II,-Criminal Law Review, 1963-page 546).

Alasan (b)

[39] Yang Arif hakim bicara bersandar kepada apa yang dikatakan pernyataan nazak ('dying declaration') si mati dalam menimbangkan sama ada pihak pendakwaan telah berjaya membuktikan kes prima facie terhadap perayu pertama dan perayu kedua (lihat ms 11–12 rekod rayuan). SP4 dan SP6 dalam keterangan mereka menyatakan bahawa sebelum si mati menghembus nafasnya yang terakhir, beliau ada membuat pernyataan nazak kepada dua orang pegawai polis di Hospital Kulim bahawa 'Hashim' dan 'Din' (perayu pertama dan perayu kedua) adalah orang yang menikam beliau. Walau bagaimanapun, atas sebab-sebab yang tidak diketahui, pihak pendakwaan tidak mendedahkan identiti dua orang pegawai polis tersebut. Mereka juga tidak dipanggil untuk memberi keterangan di mahkamah atau ditawarkan kepada pihak pembelaan. Pernyataan nazak si mati yang dikatakan telah dicatat dan/atau dirakam oleh dua orang pegawai polis tersebut juga tidak dikemukakan di mahkamah.

[40] Pada pandangan kami, adalah tidak wajar bagi Yang Arif hakim bicara

untuk bergantung kepada pernyataan tersebut kerana kedua-dua orang pegawai polis tersebut tidak dipanggil memberi keterangan dan 'the best evidence' iaitu catatan dan/atau rakaman pernyataan tersebut juga tidak dikemukakan. Dalam kes *Chow Siew Woh v Public Prosecutor* [1967] 1 MLJ 228, Mahkamah Persekutuan menyatakan:

> In the second place there is the question whether the best evidence had been produced by the prosecution — as it should have been done — of the deceased's identification of the appellant as her assailant. It is true the investigating officer probationary inspector Nika Gurudial Singh, did say, in answer to the jury, that he took statements from the deceased at about 4.45pm on May 9 and that he had testified to arresting the appellant at his house at 5pm the same day, and the latter was charged the following day with an offence under s 326 of the Penal Code. Production of the statement by the deceased, however, was the best evidence of its contents and yet it was not produced and nothing on the record shows why it had been held back. It is not open to the jury or this court to jump to any conclusions as to what the deceased said therein, because it would be mere speculation to do so. For instance, the statement might have been in terms of a doubt in the nature of a guess hazarded by her as to the identity of her assailant. It is to be remembered that she did not reveal such identity when pointedly asked about it by her employer, Chong Voon Thean. There was no medical evidence that she was, immediately after the wounding, in such a state of shock that she was speechless, although it is true that she was 'drowsy and in a state of shock' on admission into the General Hospital about 45 minutes later. Her inability to talk on admission into hospital, after shock had had time to take effect, does not necessarily mean that she was unable to say a word immediately after the wounding. The judge's directions on this point perhaps were not as happily worded as they might have been.
>
> When, therefore, it is remembered that the dying statement to the probationary inspector was not produced — and it is expressly provided in s 124(3) of the Criminal Procedure Code of the (SS) that such a statement was admissible — the evidence of the deceased's uncle and brother could only have been next best and, what was even more important, their evidence, even if expressed with conviction, might have been open to contradiction by the statement taken down in writing by the inspector. The weight of their testimony must again be whittled down by their failure to report the identity of the deceased's assailant until after her death, nine days after their discovery of the fact from the mouth of the deceased.They had not come forward with this information until May 17, according to the probationary inspector. It may be only a trivial additional point in this connection, but the girl and her uncle and brother were all Hakkas and yet, why should she have pronounced the name of the appellant in Hakka to her uncle and in Cantonese to her brother?.

[41] Syarat-syarat bagi membolehkan kemasukan sesuatu penyataan nazak sebagai keterangan telah dinyatakan dalam kes *Salim Gulab Pathan v State of Maharashtra Tr SHO* (Criminal Appeal No 1882 of 2010), pada masa ini belum lagi dilaporkan, seperti berikut:

A 8. The principles governing the admissibility of a dying declaration as a valid piece of evidence, though no longer res-integra, may be usefully reiterated at this stage.

9. In *Paras Yadav v State of Bihar* and also in *Balbir Singh v State of Punjab*, it has been held that a dying declaration would not lose its efficacy merely because it was recorded by a police officer and not by a magistrate. In *Paras Yadav* case, it has been B held that the statement of a deceased recorded by a police officer as a complaint and not as a dying declaration can in fact be treated as a dying declaration if the other requirements in this regard are satisfied.

10. *In Atbir v Government (NCT of Delhi)* after an elaborate consideration of several decisions of this court, the following propositions have been laid down with regard C to the admissibility of a dying declaration:

22. The analysis of the above decisions clearly shows that:

(i) Dying declaration can be the sole basis of conviction if it inspires the full confidence of the court.

D

(ii) The court should be satisfied that the deceased was in a fit state of mind at the time of making the statement and that it was not the result of tutoring, prompting or imagination.

(iii) Where the court is satisfied that the declaration is true and voluntary, it can base its conviction without any further corroboration.

E

(iv) It cannot be laid down as an absolute rule of law that the dying declaration cannot form the sole basis of conviction unless it is corroborated. The rule requiring corroboration is merely a rule of prudence.

(v) Where the dying declaration is suspicious, it should not be acted upon without corroborative evidence.

F

(vi) A dying declaration which suffers from infirmity such as the deceased was unconscious and could never make any statement cannot form the basis of conviction.

(vii) Merely because a dying declaration does not contain all the details as to the occurrence, it is not to be rejected.

G

(viii) Even if it is a brief statement, it is not to be discarded.

(ix) When the eyewitness affirms that the deceased was not in a fit and conscious state to make the dying declaration, medical opinion cannot prevail.

H

(x) If after careful scrutiny, the court is satisfied that it is true and free from any effort to induce the deceased to make a false statement and if it is coherent and consistent, there shall be no legal impediment to make it the basis of conviction, even if there is no corroboration.

I

[42] Dalam kes ini, mahkamah mendapati pihak pendakwaan telah tidak mengemukakan apa-apa keterangan bagi membuktikan bahawa minda si mati berada dalam keadaan baik (*in fit condition of mind*) apabila beliau membuat

pernyataan nazak tersebut. Doktor juga tidak dipanggil memberi keterangan mengenai keadaan minda si mati pada waktu berkenaan. Laporan polis mengenai pernyataan nazak ini juga tidak dibuat oleh mana-mana saksi, sama ada oleh anggota polis yang terlibat atau oleh SP4 dan SP6. Justeru, pada pandangan kami, pernyataan nazak tersebut tidak memberi keyakinan kepada mahkamah untuk bersandar kepadanya. Seperti yang diputuskan dalam kes *Dashrath @ Champa & Others vs State of Madhya Pradesh, JT* 2007 (12) SC 400:

> Para 12 Though a dying declaration is entitled to great weight, it is worthwhile to note that the accused has no scope of cross-examination. Such a scope is essential for eliciting the truth as an obligation of oath could be. This is the reason the court also insists that the dying declaration should be of such a nature as to inspire full confidence of the court in its correctness. The court has to be on guard that the statement of deceased was not as a result of either tutoring, or prompting or a product of imagination. The court must be further satisfied that the deceased was in a fit state of mind after a clear opportunity to observe and identify the assailant. Once the court is satisfied that the declaration was true and voluntary, undoubtedly, it can base its conviction without any further corroboration. It cannot be laid down as an absolute rule of law that the dying declaration cannot form the sole basis of conviction unless it is corroborated. The rule requiring corroboration is merely a rule of prudence.

KESIMPULAN

[43] Berdasarkan alasan-alasan di atas, kami berpendapat adalah tidak selamat untuk mengekalkan sabitan dan hukuman yang dibuat oleh hakim bicara terhadap perayu pertama dan perayu kedua. Justeru, sabitan dan hukuman terhadap kedua-dua perayu diketepikan dan mereka dilepas dan dibebaskan.

Rayuan dibenarkan.

Dilaporkan oleh Ashgar Ali Ali Mohamed